

Besluitvorming in het wetsvoorstel flex-BV



* Mr. R.G.J. Nowak is advocaat bij Clifford Chance en onderzoeker Van der Heijden Instituut.



** Prof. mr. F.J.P. van den Ingh is hoogleraar Ondernemingsrecht Van der Heijden Instituut (Radboud Universiteit) en redactielid van dit tijdschrift.

1. Inleiding

Op 31 mei jl. is bij de Tweede Kamer ingediend het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht¹ (hierna 'wetsvoorstel'). Het wetsvoorstel is naast de aanpassing van de structuurregeling in 2004 en de aanstaande invoering van de personenvennootschap de derde pijler van de modernisering van het Nederlandse ondernemingsrecht. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (hierna 'toelichting') vermeldt dat er nog een invoeringswet zal komen.

Het wetsvoorstel vormt de synthese van een drietal voorontwerpen (tranches) die in de afgelopen tweeënhalf jaar zijn gepubliceerd.² Deze voorontwerpen waren grotendeels gebaseerd op het in mei 2004 door de commissie-De Kluiver gepubliceerde rapport *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*. Het ambtelijk voorontwerp eerste tranche (hierna 'voorontwerp') betrof structuur en bevoegdheden van organen, alsmede stem- en vergaderrechten.³ In het onderstaande zullen wij bezien of en op welke wijze deze onderwerpen in het wetsvoorstel zijn terechtgekomen.

2. Algemene opmerkingen

2.1. Het wetsvoorstel ziet alleen op het BV-recht. In de toelichting betoogt de minister dat, mede op advies van de commissie vennootschapsrecht, geen overeenkomstige aanpassingen in het NV-recht zijn doorgevoerd, op de grond dat het karakter van de NV verschilt van dat van de BV. De minister betoogt verder dat met de voorgestelde wijzigingen niet wordt beoogd de wettelijke bepalingen voor de NV te beïnvloeden of omtrent de interpretatie van de NV-regeling een standpunt in te nemen. Tegelijkertijd geeft de minister toe dat het wetsvoorstel een aantal problemen van meer technische aard oplost die in gelijke mate kunnen spelen bij de NV en die voor aanpassing in het NV-recht 'in aanmerking komen', zoals bijvoorbeeld de statutaire toekenning van vergaderrechten aan certificaat-

houders. Dergelijke technische aanpassingen in het NV-recht zullen, aldus de minister, afzonderlijk worden geregeld.⁴

Zo eenvoudig ligt dit niet. De commissie vennootschapsrecht merkt over dit punt terecht op:

'De Commissie sluit niet uit dat in de praktijk zal blijken dat het nieuwe b.v.-recht een zekere invloed zal hebben op de uitleg van een aantal ongewijzigd blijvende wetsbepalingen die voor de n.v. gelden. Er kan dus een beïnvloeding van het n.v.-recht door het b.v.-recht plaatsvinden.'⁵

Daar waar het identieke bepalingen betreft en het verschil in karakter tussen NV en BV niet in de weg staat aan een overeenkomstige aanpassing van de desbetreffende NV-bepaling, had een dergelijke aanpassing onzes inziens in het wetsvoorstel dienen te worden doorgevoerd. Nu dat niet is gebeurd, ligt eventuele analogische toepassing in het NV-recht, totdat het tot een wetwijziging van het NV-recht komt, in handen van de rechter, hetgeen onzes inziens minder wenselijk is.

2.2. In de toelichting wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel de wettelijke regeling voor de *structuur-BV* onverlet laat. Op zich is dat juist, maar dat betekent omgekeerd niet dat het herziene BV-recht *niet* voor structuur-BV's geldt, behoudens in gevallen waar een bepaling in strijd komt met het structuurregime (bijv. de benoeming van commissarissen door een vergadering van een bepaalde soort of aanduiding).

2.3. Het wetsvoorstel laat het *dwingendrechtelijk uitgangspunt* van het algemeen deel van Boek 2 (artikel 2:25 BW) in stand. In dat verband voert de minister een reden van wetssystematische aard aan: een regeling van regeland recht voor de BV zou niet sporen met de dwingendrechtelijke regeling voor de overige rechtspersonen.⁶ Ook het institutionele karakter van de BV pleit hiervoor, aldus de minister.

1. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 1-4.

2. Zie Van den Ingh/Nowak (red.), *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I: De pre-parlementaire geschiedenis* (Serie VHI, deel 85), 2006, waarin ook zijn opgenomen het rapport van de commissie-De Kluiver en de adviezen van de commissie vennootschapsrecht en de gecombineerde commissie.

3. De eerste tranche hebben wij besproken in *Ondernemingsrecht* 2005-5.

4. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 7 en p. 36.

5. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, bijlage bij nr. 3, p. 5. Zie ook het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 4, p. 5.

6. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 6.

2.4. Het *vennootschappelijk belang* ten slotte blijft in het herziene BV-recht onverminderd gelden. Om die reden is ook afgezien van de zgn. aandeelhouderbestuurde BV: de dubbele hoedanigheid van de aandeelhouder-bestuurder zou een zekere spanning opleveren met het uitgangspunt dat het bestuur het vennootschappelijk belang moet dienen. Wel zal de grotere flexibiliteit die de wet gaat bieden aan aandeelhouders, de invulling van dit begrip kunnen kleuren.⁷ Hierdoor gaan het aandeelhoudersbelang en het vennootschapsbelang eerder samenvallen.⁸

Nogal eens wordt miskend dat door de codificatie van de statutaire *instructiebevoegdheid* in artikel 239 in 2001 in combinatie met de beschikking van de HR in de zaak Geestelijk leider uit 2000⁹ al de ruimte is geschapen om het aandeelhoudersbelang centraler, zo niet voorop te stellen, met als ondergrens dat andere belangen niet onevenredig mogen worden geschaad.¹⁰ De toevoeging van deze ondergrens in artikel 239 lid 4 is, gezien deze beschikking en artikel 3:13 BW overbodig, maar is volgens de minister toch nuttig om buitenlandse aandeelhouders tot bedaren te brengen.¹¹ Wij achten ons ontslagen van de verplichting om het ongerijmd te leggen, maar dachten bij lezing van de laatste twee zinnen van de toelichting op dit punt: hier mijmert de schrijfmachine van de minister gekkepraat. Staat hier echt wat er staat?¹²

2.5. De onderwerpen monisme, tegenstrijdig belang en doeloverschrijding zullen, zowel voor de BV als de NV, in een afzonderlijk 'wetsvoorstel bestuur en toezicht' worden geregeld.¹³ Het voorontwerp bevatte nog een drietal onderwerpen die niet meer in het wetsvoorstel terugkeren: wijziging van de bindende-voordrachtregeling in NV's; benoeming van bestuurders in 'open' NV's, alsmede intrekking van de overgangsregeling inzake niet-doorbreekbare bindende voordrachten (artikel 52 lid 3 Overgangswet NBW).

3. Hoofdpijnen van het wetsvoorstel

3.1. De hoofdpijnen van het wetsvoorstel zijn: een grotere inrichtingsvrijheid en een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming. Bij de herziening van het BV-recht staat voorop dat de nieuwe BV voor alle categorieën gebruikers een bruikbare rechtsvorm moet zijn, die zo veel mogelijk tegemoetkomt aan de be-

hoefden van de praktijk.¹⁴ Daarnaast is een belangrijke aanleiding voor de versoepeling van het BV-recht de omstandigheid dat Nederland steeds meer moet concurreren met andere Europese rechtsvormen. Voor een opsomming van de uitgangspunten van het wetsvoorstel, die alle (behoudens inzake stemrechtloze aandelen) zijn overgenomen uit het voorontwerp, verwijzen wij naar onze in noot 3 genoemde bijdrage in *Ondernemingsrecht*. Het gevaar van een grote mate van flexibiliteit bij de inrichting is dat de belangen van de *minoriteitsaandeelhouders* in de knel raken.

Voor die gevallen biedt het wetsvoorstel, naast de vernieuwde geschillenregeling en de bestaande mogelijkheid om op te treden tegen misbruik van meerderheidsmacht, aanvullende waarborgen. Het in het voorontwerp geïntroduceerde vereiste van twee derde meerderheid voor een besluit tot statutenwijziging, is in het wetsvoorstel weer ingetrokken (zie verder hierna).

3.2. Een van de belangrijkste noviteiten van het wetsvoorstel, zowel ten opzichte van het huidige recht als ten opzichte van het voorontwerp, is het stemrechtloze aandeel. Voor wat betreft de aandelen met stemrecht is de mogelijkheid van statutaire afwijking niet alleen vereenvoudigd, maar ook uitgebreid. Zo zal straks zijn toegelaten dat ten aanzien van bepaalde aangelegenheden een aandeelhouder evenredig of meervoudig stemrecht heeft of geen enkele stem. Deze varianten zijn ook in meer absolute vorm mogelijk, namelijk altijd meervoudig stemrecht of nooit stemrecht. Deze materie moet in deze bijdrage groten-deels onbesproken blijven.¹⁵

3.3. Het wetsvoorstel bepaalt verder dat, tenzij de statuten anders bepalen, overgang van het stemrecht aan een pandhouder en een vruchtgebruiker ook *na* de vestiging van het pandrecht resp. het recht van vruchtgebruik schriftelijk kan worden overeengekomen tussen de aandeelhouder en de pandhouder resp. vruchtgebruiker. Bij deze vernieuwing zal de praktijk veel baat hebben. In het wetsvoorstel wordt voorts ter verduidelijking aangegeven dat de overgang van stemrecht aan de pandhouder onder opschortende voorwaarde kan geschieden. Men dient zich verder bij het opnemen van een vrijwillige blokkeringsregeling in de statuten te realiseren dat deze ook van toepassing is op de executie van aandelen door

Het gevaar van een grote mate van flexibiliteit bij de inrichting is dat de belangen van de minderheidsaandeelhouders in de knel raken.

7. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 3 en p. 10.

8. In deze richting, althans in concernverhoudingen, ook het meest recente arrest van de Hoge Raad inzake tegenstrijdig belang, HR 29 juni 2007, nr. C06/041HR (nog niet gepubliceerd).

9. HR 12 mei 2000, *JOR* 2000, 145.

10. Zie meer uitgebreid F.J.P. van den Ingh, 'De bevelsstructuur in de vennootschap', in: *Concernverhoudingen*, 2002, Nijmeegse reeks deel 69.

11. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90.

12. Vrij naar Awater van Nijhoff.

13. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 37.

14. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1 en p. 3.

15. Zie over stemrechtloze aandelen uitgebreid Ten Berg, *Ondernemingsrecht* 2007-9.

Zo blijven wij de noodzaak betwisten van de unanimiteits-eis in geval van wijziging van het stemrecht (artikel 228 lid 4). Een instemmingsrecht voor aandeelhouders die nadeel ondervinden, volstaat onzes inziens.

de pandhouder (artikel 198 lid 5)¹⁶, zij het dat de rechter die regeling ten behoeve van de pandhouder buiten toepassing kan verklaren (artikel 195 lid 7).¹⁷ De vraag of ook bij een contractuele blokkeringsregeling behoefte kan bestaan aan uitschakeling door de rechter, welke mogelijkheid ontbreekt in het voorgestelde lid 7 van artikel 195, moeten wij hier buiten beschouwing laten.

4. Statutenwijziging

Wijziging van de statuten kan voor minderheidsaandeelhouders ongunstig uitpakken. Wettelijke of statutaire bescherming is dan geboden. De meest absolute vorm van bescherming is dat het besluit slechts kan worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. Het wetsvoorstel breidt het aantal gevallen waarin deze eis wordt gesteld uit (zie hierna onder 5). Minder ver gaat de eis van een gekwalificeerde meerderheid. In het voorontwerp was een twee derde meerderheid voorgesteld, maar in het wetsvoorstel is men weer teruggekeerd naar het uitgangspunt van een gewone meerderheid, die uiteraard statutair kan worden verhoogd.¹⁸

Een derde mogelijkheid is dat wijzigingen wel mogelijk zijn, maar niet tot gebondenheid van tegenstemmende aandeelhouders leiden (zie hierna onder 5). In het algemene deel van de toelichting (p. 13) zegt de minister dat waarborgen in het kader van statutenwijziging in onderlinge samenhang moeten worden bezien. Wij delen deze zienswijze, zeker als die tot consistentie in wetgeving leidt. Ook een noodzakelijkheidstoets kan geen kwaad. Zo blijven wij de noodzaak betwisten van de unanimiteitseis in geval van wijziging van het stemrecht (artikel 228 lid 4). Een instemmingsrecht voor aandeelhouders die nadeel ondervinden, volstaat onzes inziens.

Een bijzonder element van bescherming blijkt pas na lezing van de toelichting bij artikel 228 lid 4 voorzover het gaat om een wijziging van stemrecht. Daar staat namelijk dat die niet onder opschortende voorwaarde in de statuten mag worden opgenomen.¹⁹

5. Bescherming van minderheidsaandeelhouders

Zoals al hiervoor opgemerkt, is het één van de uitgangspunten bij de herziening om bij de

grotere flexibiliteit meer aandacht te besteden aan de positie van minderheidsaandeelhouders. Het algemene deel van de toelichting bevat geen systematisch overzicht van de verschillende hulpmiddelen. Volstaan wordt met een paar losse flodders. Als men kijkt naar de afzonderlijke bepalingen die in het voorstel zijn opgenomen en hun toelichting, kan het volgende beeld worden ontwaard.

1a. Statutenwijzigingen vereisen soms, in afwijking van de hoofdregel dat een gewone meerderheid vereist is, *unanimiteit* van de algemene vergadering. Zie artikel 195 lid 3, 226 lid 2 en 228 lid 4. Unanimiteit van een vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding is vereist indien aan deze aandelen het stemrecht wordt ontnomen. Zie artikel 228 lid 5. Unanimiteit, maar dan van de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen, is ten slotte ook vereist als een statutenwijziging nadeel toebrengt aan deze categorie van aandelen. Zie artikel 228 lid 5.

1b. Unanimiteit van het laatste type is ook vereist bij een besluit tot intrekking van een bepaalde soort aandelen indien geen statutaire voorzieningen als bedoeld in artikel 208 lid 2 zijn getroffen.

1c. Schending van sommige wettelijke of statutaire vergaderformaliteiten kan alleen worden geheeld met *algemene stemmen*. Zie artikel 223 lid 2, 225, 226 lid 3.²⁰

1d. Besluitvorming buiten vergadering vereist instemming van de aandeelhouders (art. 238).²¹

2. Bij de benoeming van bestuurders en commissarissen (door een vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding) geldt straks als regel dat iedere aandeelhouder met stemrecht moet kunnen *deelnemen aan de besluitvorming* ter zake van de benoeming van ten minste één bestuurder resp. commissaris. Zie artikel 242/252.

3. Aan verbintenisrechtelijke verplichtingen kan een aandeelhouder *niet tegen zijn wil* worden verbonden. Zie artikel 192 lid 1. Dat geldt ook voor een eigen statutaire prijsbepalingsregeling ten aanzien van aandelen die worden overgedragen. Zie artikel 192 lid 6, 195 lid 4, 195a lid 1 en 195b lid 5. In beide gevallen geldt de nieuwe regel wel, maar is de aandeelhouder daaraan niet *gebonden*.

4. Een andere beschermende regel in het kader van prijsbepaling van aandelen is dat indien de statuten geen eigen prijsbepalingsregeling kennen, de prijs door een of meer onafhanke-

16. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 60.

17. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 53.

18. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 15.

19. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 86.

20. Ook de instemming van andere vergadergerechtigden is hier vereist.

21. Ook de instemming van andere vergadergerechtigden is hier vereist.

lijke deskundigen moet worden bepaald, althans, *indien de vervreemder dit verlangt*. Zie artikel 195 lid 1 en 4, artikel 195a lid 1 en artikel 195b lid 4.

5. In een aantal gevallen is *onthefing* door een orgaan of van rechtswege mogelijk van bepaalde verplichtingen. Zie artikel 192 lid 2, 195a lid 1 en 3 alsmede artikel 195b lid 1 en 3.

6. Soms vinden *statutaire regels geen toepassing* (artikel 195 lid 5) of is een opvolgend aandeelhouder daaraan *niet gebonden*, hetgeen de onderhandelingspositie van de verkopende aandeelhouder ten goede komt (artikel 192 lid 5 en 195b lid 4).

7. Onder omstandigheden kan de geschillenregeling een exit bieden.²²

Tot zover onze inventarisatie van allerlei technieken om invoering van nadelige regels dan wel gebondenheid te voorkomen. Wij zouden ervoor willen pleiten nog eens na te gaan of deze diversiteit in technieken wel echt onvermijdelijk is.²³

6. Certificaathouders, certificaathoudersrechten, vergaderrechten (artikel 227)

6.1. Het concept van bewilligde en niet-bewilligde certificaten wordt in het BV-recht afgeworpen. Het nieuwe onderscheid is of de statuten van de BV wel of niet 'vergaderrecht' aan de certificaten verbinden (zie artikel 227 lid 2).²⁴ Dit heeft ook gevolgen voor aandeelhouders²⁵ alsmede voor pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht. Aan laatstgenoemden wordt van rechtswege vergaderrecht toegekend, terwijl aan pandhouders en vruchtgebruikers zonder stemrecht in de statuten vergaderrecht kan worden gegeven. Bij de vestiging van het recht van vruchtgebruik of het pandrecht, of bij de overdracht van het recht van vruchtgebruik c.q. bij de overgang (het wetsvoorstel spreekt abusievelijk van overdracht) van het pandrecht, kan worden bepaald dat de vruchtgebruiker of pandhouder geen vergaderrecht heeft.²⁶ Artikel 227 lid 1 bepaalt wat onder 'vergaderrecht' dient te worden verstaan: het recht om de vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Wat gebeurt er met de overige bevoegdheden die thans nog zijn verbonden aan bewilligde certificaten? Die blijven gewoon bestaan, maar de aanspraak daarop wordt – van rechtswege – gekoppeld aan het hebben

van vergaderrechten. Deze koppeling, die in de invoeringswet volledig zal worden doorgevoerd²⁷, geldt ook voor pandhouders en vruchtgebruikers met vergaderrecht. Daarmee komt de omslachtige 'gelijkstelling' met de bewilligde certificaathouders van artikel 197/198 lid 4 te vervallen. Deze systematiek achten wij een verbetering, ook ten aanzien van de in het voorontwerp voorgestelde systematiek.²⁸

6.2. In ons commentaar op het voorontwerp hebben wij ervoor gepleit de term certificaathoudersrechten te blijven gebruiken als verzamelbegrip voor alle rechten die in Boek 2 aan houders van bewilligde certificaten en daarmee gelijkgestelde pandhouders en vruchtgebruikers worden gegeven. De minister repleceert in de toelichting dat daar niet voor is gekozen omdat het begrip vergaderrecht beter tot uitdrukking zou brengen dat het gaat om rechten jegens de vennootschap en niet jegens het administratiekantoor.²⁹ Dit betoog mist de essentie van onze kritiek en is ook overigens onjuist. Wij menen dat in praktijk en literatuur door noodzaak alras een verzamelbegrip zal worden gevormd en dan lijkt de ingeburgerde term certificaathoudersrechten voor de hand te liggen. Verder zou het fraaier zijn als de definitie van vergaderrecht, die volgens artikel 227 lid 1 voor de hele BV-titel geldt, naar het begin van die titel wordt overgeplaatst.

6.3. In de toelichting wordt naar aanleiding van de consultatie opgemerkt dat de toekenning door een orgaan is opgenomen om de mogelijkheid te scheppen dat aan bepaalde certificaten niet en aan andere wel vergaderrecht is verbonden.³⁰ Zo is denkbaar dat men aan certificaten bestemd voor werknemers vergaderrecht wil onthouden. Daarbij dient te worden bedacht dat het langs deze weg laten ontstaan van vergaderrecht statutair kan worden gereguleerd, namelijk door te bepalen dat certificaten nimmer of juist altijd vergaderrecht hebben. Ook is het mogelijk om te bepalen dat vergaderrecht aan certificaten met bepaalde (contractuele) kenmerken wordt toegekend.³¹

Spijtig is dat de door ons bepleite mogelijkheid van differentiëring tussen de verschillende certificaathoudersrechten (bijv. uitsluiting van de vergaderrechten en handhaving van de op inzage gerichte certificaathoudersrechten) niet is gevolgd. Het gebrek aan flexibiliteit in dit opzicht betreuren wij, temeer daar de mi-

Spijtig is dat de door ons bepleite mogelijkheid van differentiëring tussen de verschillende certificaathoudersrechten niet is gevolgd.

22. Zie nader Bulten, *Ondernemingsrecht* 2007-9.

23. Zie ook het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 4, p. 7-8, met reactie van de minister hierop in het algemeen deel van de toelichting.

24. Het voorontwerp bevatte nog de in het licht van artikel 202 overbodige voorwaarde dat de certificaten op naam moeten luiden, maar deze voorwaarde is in het wetsvoorstel conform onze suggestie geschrapt.

25. Artikel 227 lid 1 kent het vergaderrecht aan aandeelhouders tweemaal toe: eenmaal aan aandeelhouders *secundum* eenmaal aan aandeelhouders die vanwege 'een vruchtgebruik of pandrecht geen stemrecht hebben' (lees: die hun aandelen hebben verpand etc. met overgang van stemrecht aan de pandhouder etc.).

26. Voorts wordt het vestigen van een stil pandrecht op aandelen in die zin gefaciliteerd dat – kort gezegd – de pandhouder conform de regeling van artikel 3:239 zijn stil pandrecht tot een openbaar pandrecht kan omzetten door mededeling van het pandrecht aan de vennootschap (artikel 198 lid 4). De merites van deze wijziging en de wijze van formulering ervan moeten in dit kader buiten beschouwing blijven.

27. Deze koppeling is al wel doorgevoerd in artikelen 220, 223 lid 1, 224 en 224a.

28. Zie voor kritiek daarop onze bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2005-5, p. 163.

29. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 82.

30. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 81 en 82. Zie ook onze opmerkingen hierover in *Ondernemingsrecht* 2005-5. Dit sluit bovendien aan bij regeling van stemrecht bij pand en vruchtgebruik. Ook daar is toekenning buiten de statuten om mogelijk.

31. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 82.

Met deze 1%-drempel is aansluiting gezocht bij het agenderingsrecht (artikel 224a).

nister op de meeste andere gebieden wel zo veel mogelijk flexibiliteit nastreeft.

6.4. Over de regeling van de certificaathoudersrechten vallen nog andere opmerkingen te maken. Zo vielen in het voorontwerp de bestuurders en commissarissen onder 'vergadergerechtigden', hetgeen tot ongewenste gevolgen zou kunnen leiden.³² Dat is nu dus rechtgezet.³³

Verder constateren wij dat (houders van) stemrechtloze aandelen niet met zoveel woorden (naast de bloot aandeelhouder) in het tweede lid van artikel 227 worden genoemd, terwijl het blijkens de toelichting wel de bedoeling is dat zij van rechtswege het vergaderrecht hebben.

Wat betreft het gezamenlijk pandrecht van certificaathouders (artikel 3:259), dat thans alleen geldt voor bewilligde certificaten, betoogt de minister dat de formulering van deze bepaling niet is aangepast (en, zo nemen wij aan, in de invoeringswet niet zal worden aangepast), omdat de desbetreffende bepaling ook ziet op certificaten in een NV.³⁴ De minister meldt dat voor certificaten die ten tijde van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel reeds zijn uitgegeven, in de invoeringswet een overgangsregeling zal worden getroffen, waarbij het volgens de minister in de rede ligt dat de rechten van certificaten 'die thans reeds als bewilligd in het aandeelhoudersregister zijn vermeld' worden geëerbiedigd.³⁵ Nu bewilligde certificaten in de praktijk lang niet altijd in het aandeelhoudersregister worden vermeld, ligt het niet voor de hand om voor dat criterium te kiezen. Het maken van een dergelijke regeling lijkt ons derhalve nog niet zo eenvoudig.

6.5. Dan iets over *wijzigingen* in het vergaderrecht. Anders dan in het voorontwerp kan het vergaderrecht volgens het wetsvoorstel bij statutenwijziging worden ontnomen. Dat is een belangrijke verbetering.³⁶ Besluiten tot statutenwijziging die tot gevolg hebben dat het vergaderrecht wordt ontnomen, kunnen slechts worden genomen met instemming van de betrokken certificaathouders, aldus artikel 227 lid 4. Een nog verder gaande vernieuwing ten opzichte van het voorontwerp is dat volgens lid 3 in de statuten kan worden bepaald dat het 'verbinden en ontnemen' van vergaderrecht aan certificaten geschiedt door een daartoe in de statuten aangewezen *orgaan* (in de zin van artikel 189a). De toelichting verwijst in dat

verband naar lid 4, maar dat artikellid ziet alleen op een ontneming als gevolg van een *statutenwijziging*. Aangenomen moet worden dat het de bedoeling is dat de certificaathouder een gelijke bescherming krijgt als de ontneemingsbevoegdheid conform lid 3 bij een vennootschapsorgaan berust. Het verdient aanbeveling dit in de bepaling tot uitdrukking te brengen.

6.6. De gegevens van de certificaathouders met vergaderrecht worden in het aandeelhoudersregister vermeld (artikel 194 lid 1).³⁷ Volgens het voorontwerp konden de statuten bepalen dat het vergaderrecht pas kan worden uitgeoefend nadat inschrijving in het (toen nog: certificaathouders)register heeft plaatsgevonden. In het wetsvoorstel is daarvan afgestapt en is voor dit doel de regeling in het kader van levering aandelen van overeenkomstige toepassing verklaard: de aan het certificaat verbonden rechten kunnen pas worden uitgeoefend na erkenning of *betekening van een afschrift van de akte van levering* (artikel 196c jo. 196a en 196b).³⁸

6.7. Ten slotte nog een opmerking over de vergaderterminologie, die inmiddels enigszins diffuus begint te worden. Onder vergaderrecht wordt conform het nieuwe artikel 227 lid 1 verstaan het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren. Daarnaast wordt in artikel 242/252 gesproken over deelname aan de besluitvorming, terwijl het huidige artikel 227 lid 3 en artikel 227a lid 1 spreekt van deelname aan de algemene vergadering, en artikel 227a lid 2 spreekt van deelname aan de beraadslaging.

7. Bijeenroeping, oproeping, agendering (artikel 220-226)

7.1. In het wetsvoorstel is een bijeenroepingsrecht neergelegd voor houders van ten minste 1% van de aandelen³⁹ of certificaten met vergaderrecht (artikel 220). Met deze 1%-drempel is aansluiting gezocht bij het agenderingsrecht (artikel 224a). Dat is zinvol, aangezien het agenderingsrecht tandoos blijft als het bestuur niet op korte termijn van plan is een vergadering bijeen te roepen. Een dergelijke bepaling ware ook voor NV's te overwegen.⁴⁰ In vergelijking met de huidige bepaling en het voorontwerp is de termijn waarbinnen het bestuur een vergadering dient bijeen te roepen,

32. Zie daarover onze bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2005-5, p. 163.

33. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 4.

34. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 82.

35. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 83.

36. Zie ook ons pleidooi hiervoor in *Ondernemingsrecht* 2005-5, p. 162.

37. Abusievelijk bepaalt de laatste zin dat *indien* aan een certificaat vergaderrecht is verbonden, zulks moet worden vermeld.

38. De levering van certificaten in een BV (met of zonder vergaderrecht) vindt plaats conform de regeling voor vorderingsrechten op naam (artikel 3:94).

39. Lid 3 van artikel 220 bepaalt kort gezegd dat voor het kapitaalvereiste ook stemrechtloze aandelen meetellen. Dat ligt voor de hand, nu aan houders van stemrechtloze aandelen het vergaderrecht toekomt.

40. Met dien verstande dat de drempel bij 3% dient komen te liggen indien de drempel voor het agenderingsrecht naar 3% wordt opgetrokken. Zie voor plannen hiertoe de brief van de minister van 19 juni 2007.

tot vier weken verkort. Duidelijkheidshalve is in het wetsvoorstel toegevoegd dat in de statuten de termijn verder kan worden verkort en het kapitaalsvereiste kan worden verlaagd. Het bestuur kan, evenals bij het agenderingsrecht, de bijeenroeping weigeren als een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen het houden van een vergadering verzet. In dat geval kan de bijeenroepingsgerechtigde naar de voorzieningenrechter. Deze verleent een machtiging tot bijeenroeping als verzoekers een 'redelijk belang' hebben bij het houden van de vergadering. De voorzieningenrechter zal, aldus de toelichting, dat belang kunnen (lees: moeten) afwegen tegen een door het bestuur aangevoerd zwaarwichtig belang. Om dit te verduidelijken is in artikel 221 lid 1 aangevuld dat de voorzieningenrechter het verzoek afwijst als een zwaarwichtig belang zich tegen het houden van een vergadering verzet.⁴¹ De bevoegdheid om te verzoeken tot bijeenroeping komt ook toe aan houders van stemrechtloze aandelen (zie ook hieronder).

7.2. De oproeping geschiedt door brieven⁴² aan de adressen van de aandeelhouders en de overige vergadergerechtigden zoals vermeld in het register van aandeelhouders (artikel 223 lid 1).⁴³ De oproeping geschiedt niet later dan op de *achtste* dag voor de dag der vergadering (artikel 225). Een kortere termijn is niet mogelijk (behoudens in de hierna aangeduide situatie). Oproeping via een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad komt te vervallen. Verzuimd is ook lid 3 van artikel 224 in deze zin aan te passen. In de toelichting wordt over de mogelijkheid tot inzage van vergaderstukken opgemerkt dat deze haar betekenis verliest, omdat vergadergerechtigden die stukken bij de oproeping krijgen toegezonden.⁴⁴ Noch de bestaande noch de voorgestelde wettelijke regeling bevatten evenwel een verplichting daartoe voor de vennootschap.

7.3. Ondanks oproepingsgebreken is het mogelijk rechtsgeldige besluiten te nemen mits (i) alle vergadergerechtigden ermee hebben ingestemd dat de besluitvorming plaatsvindt en (ii) de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. De instemming van de vergadergerechtigden behoeft blijkens de toelichting niet schriftelijk te worden verleend.⁴⁵ Zie voor bezwaren daartegen hieronder par. 8 inzake besluitvorming buiten

vergadering. Deze vereisten gelden *mutatis mutandis* eveneens voor de 'heling' van gebreken in agenda en plaats van vergadering (artikel 224 en 226) en komen ook terug bij besluitvorming buiten vergadering (zie hieronder).

Wij achten deze uniforme formulering een verbetering ten opzichte van de bestaande situatie en volstaan hier met twee kleinere punten. Naar huidig recht wordt aangenomen dat een besluit vernietigbaar is als bestuurders of commissarissen geen advies hebben gegeven. Het ontbreken van advies leidt in de nieuwe helingsfaciliteit daarentegen tot nietigheid van de daarop genomen besluiten, of beter gezegd: het advies is een voorwaarde voor de werking van de helingsfaciliteit. Wij vragen ons af of dit onderscheid beoogd is. Het tweede punt betreft de eisen van unanimiteit en volledig quorum in artikel 224 en 225.⁴⁶ Deze zijn vervangen door het vereiste van instemming met de besluitvorming van alle vergadergerechtigden. In zekere zin zou men kunnen zeggen dat dit een versoepeling is, nu weigering om instemming te verlenen naar het ons voorkomt eerder in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal kunnen worden geacht dan de weigering om vóór te stemmen.

7.4. Wat betreft het *agenderingsrecht* zijn twee wijzigingen doorgevoerd: ten eerste zijn ook hier de bewilligde certificaathouders vervangen door overige vergadergerechtigden.⁴⁷ Daarmee is ook definitief de vraag beantwoord of aan pandhouders met certificaathoudersrechten het agenderingsrecht toekomt.⁴⁸ Wij zouden menen dat deze conclusie ook ten aanzien van het NV-recht geldt. Ten tweede is bepaald dat ook houders van stemrechtloze aandelen het agenderingsrecht hebben (zie verder hieronder).

Uit het voorontwerp is ten slotte overgenomen de bepaling dat de statuten kunnen bepalen dat aandeelhoudersvergaderingen (tevens of uitsluitend) *in het buitenland* kunnen worden gehouden (artikel 226 lid 2). Voor het besluit tot een desbetreffende statutenwijziging wordt – onzes inziens terecht – vereist een volledig quorum, unanimiteit en de instemming van alle overige vergadergerechtigden. Wij maken hier nog een algemene opmerking over de positie van houders van stemrechtloze aandelen in verband met de rechten die in Boek 2 aan aandeelhouders worden toegekend. Artikel 24d bepaalt dat aandelen waar-

Ondanks oproepingsgebreken is het mogelijk rechtsgeldige besluiten te nemen mits (i) alle vergadergerechtigden ermee hebben ingestemd dat de besluitvorming plaatsvindt en (ii) de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen.

41. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 77.

42. Of per e-mail als de vergadergerechtigden daarmee instemmen: artikel 223 lid 3 (dat terminologisch nog moet worden aangepast).

43. In het wetsvoorstel dient lid 2 te worden geschrapt en in lid 3 certificaathouders door overige vergadergerechtigden te worden vervangen.

44. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 78.

45. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 79.

46. Artikel 226 bevat alleen het vereiste van een volledig quorum.

47. Men spreekt hier van 'anderen aan wie vergaderrecht toekomt'; de terminologie dient nog geüniformeerd te worden.

48. In dezelfde zin Nowak, *Ondernemingsrecht* 2004-17.

Het vereiste van schriftelijke stemuitbrenging is door de minister gehandhaafd. Merkwaardig is dat de instemming met deze wijze van besluitvorming niet schriftelijk behoeft te geschieden.

van de wet bepaalt dat daarvoor geen stem kan worden uitgebracht, niet meetellen bij – kort gezegd – in Boek 2 voorgeschreven kapitaalscriteria. In het wetsvoorstel wordt deze bepaling uitgebreid tot – kort gezegd – stemrechtloze aandelen. De toelichting bij artikel 24d geeft aan dat de toepassing van artikel 24d in een zevental bepalingen weer wordt uitgesloten, waaronder in artikel 220 (bijeenroeping) en artikel 224a (agenderingsrecht).⁴⁹ De toelichting bij laatstgenoemde artikelen geeft aan dat deze uitsluiting ‘in de rede’ ligt, aangezien houders van stemrechtloze aandelen het vergaderrecht hebben en dus ook het bijeenroepingsrecht en het agenderingsrecht dienen te hebben. Deze bepaling is van dwingend recht en kan dus niet in de statuten worden uitgesloten (dat kan alleen bij artikel 206a). Dat lijkt ons juist.

8. Besluitvorming buiten vergadering (artikel 238)

8.1. De mogelijkheid tot het nemen van besluiten buiten vergadering wordt in de nieuwe regeling door een aantal belangrijke wijzigingen aanzienlijk versoepeld. Ten eerste wordt het mogelijk buiten vergadering te besluiten als er andere vergadergerechtigden dan aandeelhouders zijn, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd. Hiermee komt een einde aan een moeilijk uit te leggen anomalie in het systeem van besluitvorming van de algemene vergadering, te weten dat naar de heersende opvatting in vergadering wel en buiten vergadering niet besluiten kunnen worden genomen als er certificaathouders en daarmee gelijkgestelden zijn.⁵⁰ Een nadeel is dat één persoon uit de kring van vergadergerechtigden de besluitvorming kan blokkeren door niet in te stemmen met het nemen van een besluit buiten vergadering. Voor flexibeler alternatieven zie onze bijdrage in *Ondernemingsrecht*.⁵¹ Ten tweede wordt de eis van ‘algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders’ geschrapt. Als alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd, kan de besluitvorming plaatsvinden volgens de algemene regels voor besluitvorming in vergadering. Dat brengt met zich dat wettelijke meerderheidseisen voor besluitvorming in vergadering dienen te worden nageleefd.⁵² Hetzelfde geldt in beginsel voor statutaire meerderheidseisen, tenzij uitleg van de

statuten tot een andere conclusie leidt. Bij het opstellen van statuten dient hiermee rekening te worden gehouden. De vraag of in de statuten verschillende besluitvormingseisen voor besluiten in en buiten vergadering kunnen worden gegeven, zouden wij in bevestigende zin willen beantwoorden.

Dat leidt tot de vervolgvraag of ook wettelijke en statutaire *quorum*-eisen van overeenkomstige toepassing zijn op besluiten buiten vergadering. Wij zouden menen dat het hierboven over meerderheidseisen gestelde in beginsel ook voor quorumeisen geldt.⁵³ Een uitspraak van de minister over dit punt tijdens de parlementaire behandeling lijkt ons nuttig.

8.2. Het wetsvoorstel schrijft verder voor dat bestuurders en commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid worden gesteld advies uit te brengen. In het voorontwerp werd bepaald dat de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen bij besluitvorming buiten vergadering vervalt, maar dit is in het wetsvoorstel dus weer teruggedraaid. De minister heeft ter motivering hiervan betoogd dat de bestuurders en commissarissen ‘niet geheel buiten de deur mogen worden gehouden’.⁵⁴ Bij de helingsfaciliteit van de artikelen 224–226 is het advies van de bestuurders en commissarissen geformuleerd als een *voorwaarde* voor de werking van de faciliteit. In artikel 238 is het advies echter niet als voorwaarde geformuleerd. Dit lijkt erop te duiden dat het ontbreken van dit advies, evenals bij besluitvorming in vergadering en net als onder huidig recht, ten hoogste vernietigbaarheid met zich zou kunnen brengen. In de toelichting wordt hier verder niet bij stilgestaan. Het lijkt ons inderdaad wenselijk dat het ontbreken van advies bij besluitvorming in en buiten vergadering dezelfde rechtsgevolgen heeft. Meer in het algemeen merken wij wel op dat wij een dergelijk rechtsgevolg, zowel in als buiten vergadering, nogal bevoogdend achten. Als er geen advies van bestuurders en commissarissen ligt en de (meerderheid van de) aandeelhouders talen daar niet om, is vernietigbaarheid van het besluit wel een zware sanctie.

8.3. Het vereiste van schriftelijke stemuitbrenging is door de minister gehandhaafd. Dat lijkt ons vanuit het oogpunt van rechtszekerheid juist. Merkwaardig is dat de *instemming* met deze wijze van besluitvorming – blijkens de toelichting – niet schriftelijk behoeft te ge-

49. Verder gaat het om het kapitaalscriterium voor afhankelijke maatschappijen en voor het doen van een enquêteverzoek, alsmede om het voorkeursrecht bij uitgifte van aandelen. De gebruikte techniek roept tal van problemen op, die wij hier laten rusten. Zie daarover uitgebreid Ten Berg, *Ondernemingsrecht* 2007-9.

50. Zie voor verdere literatuurverwijzingen Nowak, *Ondernemingsrecht* 2005-15, p. 525.

51. *Ondernemingsrecht* 2005-5, p. 164.

52. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 88.

53. Bij een voorstemmersquorum (voorstemmers uitgedrukt in percentage van het kapitaal) is het resultaat hetzelfde als bij besluiten in vergadering. Bij transponering van het presentiequorum (aanwezige stemgerechtigden uitgedrukt in percentage van het kapitaal) zou onder ‘aanwezigen’ kunnen worden verstaan kapitaal dat (in welke zin ook) zijn stem heeft uitgebracht.

54. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 84 en 89.

schieden.⁵⁵ Het ontbreken van instemming leidt immers (evenals bij de helingsfaciliteit) tot non-existentie van het buiten vergadering genomen besluit. Bovendien kan het op grond van het nieuwe artikel 238 vóórkomen dat niet alle stemgerechtigden hun stem uitbrengen, hetgeen kan betekenen dat zij geen stem willen uitbrengen maar ook dat ze niet op de hoogte zijn gebracht van de besluitvorming buiten vergadering. Het is niet consistent om, als tegenwicht tegen het schrappen van het vereiste van unanimiteit, de schriftelijkheidseis voor stemuitbrenging om redenen van rechtszekerheid te handhaven, en aan de andere kant diezelfde onzekerheid weer toe te laten door de instemming vormvrij te doen zijn. In het voorontwerp was wel schriftelijke instemming vereist. Wij zouden ervoor willen pleiten dat de minister het schriftelijkheidsvereiste voor de instemming weer in artikel 238 opneemt. Te overwegen valt om de eis alleen voor stemgerechtigden te laten gelden, zij het dat daarmee ons eerstgenoemde bezwaar niet geheel is ondervangen. Het bovenstaande geldt overigens ook met betrekking tot het instemmingsvereiste bij de helingsfaciliteit, met dien verstande dat men daar nog zou kunnen zeggen dat naar de huidige opvatting de instemming van de personen met certificaathoudersrechten vormvrij is.

In dit verband merken wij nog op dat in het nieuwe lid 3 wordt bepaald dat de instemming *elektronisch* kan geschieden. Als de instemming vormvrij is, kan zij uit de aard der zaak elektronisch geschieden. De bepaling stond – begrijpelijkerwijze – in het voorontwerp. Vermoedelijk is men vergeten haar eruit te halen.

Overigens zal het bestuur in de praktijk waarschijnlijk een e-mail rondsturen met het verzoek in te stemmen met het nemen van een bepaald besluit buiten vergadering en aan te geven of men voor of tegen stemt.⁵⁶

Ten slotte wordt voorgesteld het vereiste van een desbetreffende statutaire bepaling te schrappen. In de toelichting bij het voorontwerp werd nog gezegd dat de statuten kunnen bepalen dat besluitvorming buiten vergadering niet mogelijk is, al dan niet ten aanzien van bepaalde besluiten.⁵⁷ In de toelichting bij het wetsvoorstel komt deze passage niet meer voor. De gebruikelijke formulering om aan te geven dat de statuten anders kunnen bepalen, ontbreekt, hetgeen normaliter betekent dat statutaire afwijking niet mogelijk is. Dat zou

tot gevolg hebben dat aandeelhouders die altijd besluitvorming *in* vergadering willen, daaromtrent geen statutaire zekerheid kan worden gegeven. De vraag is of besluitvorming buiten vergadering een recht van de aandeelhouder is of een faciliteit voor de vennootschap.⁵⁸ Het zou nuttig zijn als de minister zich hierover tijdens de parlementaire behandeling zou uitlaten.

8.4. Wij wijzen nog op twee andere vernieuwingen in de wet die met artikel 238 samenhangen. Om te beginnen is in artikel 218 buiten twijfel gesteld dat besluiten die in de jaarlijkse algemene vergadering moeten worden genomen, ook buiten vergadering kunnen worden genomen. In de toelichting op het voorontwerp van artikel 218 werd opgemerkt dat bij vennootschappen waarvan alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn, de ondertekening van de jaarrekening door het bestuur gelijkgesteld wordt met een besluit buiten vergadering tot vaststelling van de jaarrekening. Deze faciliteit is terecht in de wet opgenomen.⁵⁹ Het derde lid van artikel 238 bepaalt thans dat als alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn, de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens als vaststelling van de jaarrekening in de zin van artikel 210 lid 3 geldt. Terecht heeft de minister daaraan toegevoegd dat ook hier, net als bij (andere) besluiten buiten vergadering, de voorwaarde geldt dat alle vergadergerechtigden (in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en) met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd.

9. Orgaanbegrip (artikel 189a)

Het orgaanbegrip van artikel 189a wordt uitgebreid met 'houders van aandelen van een bepaalde aanduiding'. Daarmee wordt blijkens de toelichting bedoeld houders van bepaalde letter- of cijferaandelen. De lijst van daar opgesomde artikelen waarop het orgaanbegrip van artikel 189a van toepassing is, is in het wetsvoorstel ten opzichte van het voorontwerp aangevuld. Ongelukkigerwijze is artikel 178 (nog) niet dienovereenkomstig aangevuld, waarin thans slechts bepaald is dat de statuten, als er verschillende soorten aandelen zijn, het aantal en het bedrag van elke soort dienen te vermelden. De woorden 'bijzondere soort' in het voorontwerp zijn veranderd in 'bepaalde

De vraag is of besluitvorming buiten vergadering een recht van de aandeelhouder is of een faciliteit voor de vennootschap.

55. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 88.

56. Denkbaar is ook de optie 'blanco stem' (of zelfs 'stemonthouding').

57. Van den Ingh/Nowak, (red.), *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I: De pre-parlementaire geschiedenis* (Serie VHI, deel 85), 2006, p. 38.

58. Anders gezegd, of aandeelhouders het bestuur kunnen verplichten besluitvorming buiten vergadering te entameren, dan wel dat zelf kunnen doen.

59. Vgl. onze suggestie daartoe in *Ondernemingsrecht* 2005-5.

Hoewel dit niet met zoveel woorden uit de wetstekst blijkt, is het blijkens de toelichting kennelijk mogelijk om per bestuurder een ander benoemingsmechanisme te creëren.

soort' omdat het ook kan gaan om gewone aandelen.

De toelichting vermeldt dat onder 'aanduiding' bijvoorbeeld valt het unieke nummer van een aandeel. Aldus wordt het mogelijk houders van specifieke aandelen die zijn aangeduid met cijfers of letters, als orgaan aan te wijzen zonder hiervoor een nieuwe soort aandelen te behoeven te creëren. Ook bij één (bestaande) soort aandelen wordt het dus mogelijk om een aantal daarvan middels een bepaalde aanduiding een bepaald recht te geven.⁶⁰ Zien wij het goed, dan beschouwt de minister de verzameling aandelen van een bepaalde aanduiding als deelverzameling van de verzameling aandelen van een bepaalde soort. Als een soort wordt genummerd of geletterd, kan men aan bepaalde reeksen een of meer van de bevoegdheden geven die op grond van de wet kunnen worden toegekend aan een vergadering van aandelen van een bepaalde aanduiding. In theorie zou dat betekenen dat men aan een aandelensoort bepaalde orgaanbevoegdheden kan geven en daarnaast (andere) orgaanbevoegdheden aan bepaalde letter- of cijferreeksen binnen die soort.

10. Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen (artikel 242/244, 252/254)

10.1. Een ingrijpende wijziging betreft de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen. De thans geldende hoofdregel wordt in het wetsvoorstel in een meer abstracte vorm geformuleerd (degene die bevoegd is tot benoeming is tevens bevoegd tot schorsing en ontslag) en krijgt een meer flexibele uitwerking. De hieronder te bespreken regeling inzake benoeming en ontslag geldt onzes inziens ook met betrekking tot bestuurders in het *verzwakte structuurregime*, aangezien daarin de bijzondere regeling van het volledig regime dat de raad van commissarissen de bestuurders benoemt, wordt uitgeschakeld en ten aanzien van de benoemingsbevoegdheid derhalve weer de hoofdregel geldt.

10.2. Eerst de *benoeming* van bestuurders en commissarissen. De bevoegdheid daartoe kan in de statuten (in plaats van aan de algemene vergadering) worden verleend aan een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding ('bijzondere verga-

dering'). Wordt gekozen voor benoeming door een bijzondere vergadering, dan geldt wel de beperking dat iedere aandeelhouder met stemrecht dient te kunnen deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder dan wel commissaris en dat een bindende voordracht niet mogelijk is. Dat laatste blijkt overigens alleen uit de toelichting.⁶¹ Bij de benoeming van commissarissen kwam het deelnemingsvereiste in het voorontwerp niet terug, maar dat is in het wetsvoorstel rechtgezet.⁶² Wij hebben overigens reeds eerder betoogd dat dit vereiste onnodig is en niet aan de flexibilisering bijdraagt.⁶³ Op een dergelijke regeling is het nieuwe artikel 228 lid 4 tweede volzin en lid 6 van toepassing, waarin kort gezegd is bepaald dat als een besluit tot statutenwijziging een wijziging in het stemrecht betreft, het slechts met algemene stemmen en een volledig quorum kan worden genomen.

Blijkens de toelichting is deze flexibilisering in het bijzonder bedoeld om aandeelhouders of groepen van aandeelhouders ieder een eigen bestuurder te kunnen laten benoemen. Hoewel dit niet met zoveel woorden uit de wetstekst blijkt, is het blijkens de toelichting kennelijk mogelijk om per bestuurder een ander benoemingsmechanisme te creëren.⁶⁴ Dus als er twee aandeelhouders A en B zijn en drie bestuurders x, y, z, zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald: vergadering van bepaalde soort A benoemt x, vergadering van bepaalde soort B benoemt y en de algemene vergadering benoemt z.

Onveranderd blijft de mogelijkheid in de statuten te bepalen dat een derde van de commissarissen kan worden benoemd door een andere partij (artikel 253). Daaraan is, overeenkomstig de regeling voor benoeming door een bijzondere vergadering, toegevoegd de voorwaarde dat iedere aandeelhouder kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één commissaris.

10.3. Dan de mogelijkheid om in de statuten *kwaliteitseisen* aan bestuurders en commissarissen te stellen (artikel 242 lid 2 en 252 lid 1 slot).⁶⁵ Een statutaire kwaliteitseis kan naar geldend recht terzijde worden gesteld door een besluit van de algemene vergadering genomen met twee derden van de uitgebrachte stemmen, welke twee derden meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. In het voorontwerp en in het

60. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 42.

61. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91 en 96.

62. Vgl. onze suggestie daartoe in *Ondernemingsrecht* 2005-5, p. 165.

63. In gelijke zin het advies van de gecombineerde commissie, zie Van den Ingh & Nowak, (red.), *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I: De pre-parlementaire geschiedenis* (Serie VHI, deel 85), 2006, p. 310.

64. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91, waar wordt gezegd dat (groepen van aandeelhouders ieder hun eigen bestuurder kunnen benoemen).

65. Wij zeiden reeds dat de regeling ook geldt voor bestuurders in het verzwakte structuurregime. De vraag of aan bestuurders in het volledige structuurregime kwaliteitseisen mogen worden gesteld, laten wij hier rusten. Zie hiervoor Schoonbrood, *Preadvies KNB*, 2002, p. 113-114.

wetsvoorstel is de quorumeis (voorstemmers-quorum) geschrapt.⁶⁶ In de toelichting wordt deze wijziging gemotiveerd door aan te voeren dat een dergelijke terzijdestelling 'in wezen' een eenmalige afwijking van de statutaire kwaliteitseis is en dat daarom de besluitvormingseisen gelijk dienen te zijn aan die inzake statutenwijziging.⁶⁷ Men kan zich afvragen of de regel die kennelijk aan deze redenering ten grondslag wordt gelegd, daadwerkelijk bestaat. Thans, nu het voorstemmersquorum nog in de wet staat, is voor een besluit tot statutenwijziging immers slechts een gewone meerderheid voldoende.

10.4. Vervolgens de bevoegdheid tot *schorsing en ontslag* van bestuurders en commissarissen (artikel 244/254).⁶⁸ Ook hier is niets gewijzigd in vergelijking met het voorontwerp. Hoofregel is zoals gezegd dat bestuurders en commissarissen worden geschorst en ontslagen door de benoemer, dat wil zeggen door de algemene vergadering of, indien van toepassing, een bijzondere vergadering. Daarnaast kunnen de statuten ten aanzien van *bestuurders* bepalen dat zij eveneens (alternatief) kunnen worden *ontslagen* door een ander (vennootschaps)orgaan. Ten aanzien van *commissarissen* kunnen de statuten slechts bepalen dat zij eveneens kunnen worden ontslagen door de algemene vergadering. Voor wat betreft de bevoegdheid tot *schorsing* bestaat in het wetsvoorstel geen ruimte die ook nog aan een ander orgaan toe te kennen.

Eerst een opmerking over de alternatieve ontslagbevoegdheid met betrekking tot commissarissen. De minister heeft kennelijk niet de mogelijkheid willen openen om deze bevoegdheid aan een bijzondere vergadering, zoals de prioriteit, te verlenen in het geval de algemene vergadering de primaire bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag heeft. Hetzelfde geldt indien is bepaald dat een derde een of meer commissarissen mag benoemen.⁶⁹ Ons is niet duidelijk waarom de regeling op dit punt minder flexibel is dan die voor bestuurders.

In de toelichting wordt verder opgemerkt dat de alternatieve ontslagbevoegdheid aan de algemene vergadering kan worden gegeven als controlemiddel in het geval de benoemingsbevoegdheid en daarmee de (primaire) ontslagbevoegdheid bij een bijzondere vergadering ligt, of – wat bestuurders betreft – aan de raad

van commissarissen kan worden gegeven als versterking van zijn positie.⁷⁰

10.5. Wij hadden ten slotte gesuggereerd tevens een alternatieve *schorsingsbevoegdheid* te geven aan het orgaan waaraan de alternatieve ontslagbevoegdheid is verleend. De minister heeft deze suggestie niet gevolgd. Wat schorsing van bestuurders betreft betoogt de minister ten eerste dat de alternatieve ontslagbevoegdheid in de eerste plaats ter versterking van de positie van de raad van commissarissen is bedoeld en dat de raad van commissarissen al de *schorsingsbevoegdheid* van artikel 257 heeft. Ten tweede betoogt de minister dat als de alternatieve *schorsingsbevoegdheid* daarentegen aan een bijzondere vergadering zou worden gegeven, er drie tot schorsing van bestuurders bevoegde organen zouden zijn (het orgaan dat benoemt, het orgaan dat alternatieve *schorsingsbevoegdheid* heeft en de raad van commissarissen).⁷¹ Deze redenering is niet geheel sluitend. Ten eerste heeft een vennootschap niet altijd een raad van commissarissen. Ten tweede kan in de statuten worden bepaald dat de raad van commissarissen *niet* de *schorsingsbevoegdheid* heeft. Ten derde kan men zich afvragen of het orgaan dat het paardennmiddel van de alternatieve ontslagbevoegdheid krijgt, niet tevens het lichtere middel van een alternatieve *schorsingsbevoegdheid* moet krijgen. In de situatie dat een bijzondere vergadering een bestuurder of commissaris benoemt, kan het onzes inziens nuttig zijn om de algemene vergadering naast een alternatieve ontslagbevoegdheid ook een alternatieve *schorsingsbevoegdheid* te geven.

10.6. Nog een enkel woord over de *opheffing van een door de raad van commissarissen opgelegde schorsing* van een bestuurder door de algemene vergadering. Het wetsvoorstel bepaalt in navolging van het voorontwerp dat een dergelijke opheffing geschiedt door de vergadering die bevoegd is tot benoeming (artikel 257 lid 2). De regeling is niet van toepassing in het volledig structuurregime, doch wel in het verzwakte regime.⁷²

11. De bindende voordracht (artikel 243)

11.1. De voorgestelde regeling geldt voor bestuurders en commissarissen en bevat drie hieronder te bespreken wijzigingen. De wijzigingen zijn naar hun strekking dezelfde als in

De minister heeft kennelijk niet de mogelijkheid willen openen om de alternatieve ontslagbevoegdheid aan een bijzondere vergadering, zoals de prioriteit, te verlenen in het geval de algemene vergadering de primaire bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag heeft.

66. De commissie-De Kluiver had verder voorgesteld de bevoegdheid tot terzijdestelling van een kwaliteitseis te verlenen aan het orgaan dat de bestuurder c.q. commissaris benoemt, maar dit voorstel is niet in het wetsvoorstel overgenomen.

67. De tekst van deze bepalingen moet nog geüniformeerd worden.

68. De tekst van deze bepalingen moet nog geüniformeerd worden.

69. Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 97.

70. Al dan niet in combinatie met de bestaande (eveneens alternatieve) *schorsingsbevoegdheid* van artikel 257.

71. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 94.

72. In het wetsvoorstel is dit op een onzes inziens minder heldere wijze dan in de huidige wet tot uitdrukking gebracht.

Als de bindende voordracht is doorbroken, is de algemene vergadering (behoudens andersluidende statutaire regeling) vrij in de benoeming.

het voorontwerp, maar de formulering is aanzienlijk verbeterd.

De eerste wijziging (lid 1) is dat de verplichting (doch niet de mogelijkheid) is geschrapt om twee personen voor iedere positie voor te dragen. Dit is terecht en behoeft geen commentaar. Ongewijzigd is dat de voordracht door iedereen kan geschieden en dat de besluitvorming voor doorbreking aan dezelfde gekwalificeerde meerderheid en hetzelfde voorstellersquorum is onderworpen als thans het geval is. Verder is conform ons voorstel een tot veelvuldige verwarring aanleiding gevende grammaticale constructie aangepast.⁷³

11.2. De tweede wijziging (lid 2) is dat de algemene vergadering na doorbreking 'een nieuwe voordracht' kan vragen aan de tot voordracht gerechtigde en daarbij een kandidaat kan aanbevelen. Deze regeling is ongeveer dezelfde als die in het voorontwerp. Ons commentaar op het voorontwerp was dat hiermee lijkt te worden afgeweken van de huidige regeling van de bindende voordracht. Als de bindende voordracht is doorbroken, is de algemene vergadering (behoudens andersluidende statutaire regeling) immers vrij in de benoeming.⁷⁴ Dit punt is in de toelichting verduidelijkt doordat aangegeven is dat de algemene vergadering na doorbreking bevoegd is zelf tot benoeming over te gaan.⁷⁵ Gezien de altijd terugkerende discussies over dit punt zou het onze voorkeur hebben dit in de wet zelf vast te leggen.

11.3. De derde wijziging (lid 3) is dat bij een voordracht van één kandidaat het besluit waarbij de voordracht niet wordt doorbroken 'tot gevolg [heeft] dat de kandidaat benoemd is'. De bedoeling van deze zonder enige *sprezzatura*⁷⁶ neergeschreven bepaling is volgens de toelichting te voorkomen dat de algemene vergadering tweemaal moet stemmen: eenmaal over doorbreking en eenmaal over benoeming. Wij hadden opgemerkt dat niet geheel duidelijk is of het (mislukte) doorbrekingsbesluit tevens als benoemingsbesluit heeft te gelden. Kennelijk naar aanleiding daarvan is in het wetsvoorstel toegevoegd dat dit het geval is als aan de vereisten voor een benoemingsbesluit is voldaan. Als in de statuten *zwaardere* besluitvormingseisen aan een benoemingsbesluit worden gesteld dan aan een doorbrekingsbesluit, dienen echter toch twee besluiten te worden genomen. De vraag rijst dan of aan een benoemingsbesluit *na doorbre-*

king zwaardere eisen kunnen worden gesteld dan de wettelijke maximeisen die voor doorbreking gelden. Wij zouden menen dat dit kan. Als daarentegen de statuten voorzien in twee benoemingsregimes (met en zonder bindende voordracht), menen wij dat voor benoeming na doorbreking van een bindende voordracht geen zwaardere eisen mogen worden gesteld dan de eisen die worden gesteld aan een benoeming die niet aan een bindende voordracht is onderworpen.

11.4. Ten slotte hebben wij al eerder opgemerkt dat thans in artikel 252 lid 2 de toepassing van de regeling op het structuurregime uitgeschakeld is door de woorden 'indien de benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders geschiedt'. De nieuwe structuurregeling heeft echter eveneens als hoofdregel dat de benoeming van commissarissen door de algemene vergadering geschiedt, waardoor het lijkt alsof de bindende voordracht van artikel 243 van overeenkomstige toepassing is op de benoeming van structuurcommissarissen. Dat kan niet de bedoeling zijn. Het verdient aanbeveling de geciteerde passage te vervangen door de woorden 'tenzij artikel 268 van toepassing is'.⁷⁷

12. Ontstentenis en belet van bestuurders en commissarissen (artikel 244 lid 4; 252 lid 4)

12.1. Dit onderwerp roept in de praktijk altijd weer vragen op. Naar huidig recht moeten de statuten voorschriften bevatten voor, kort gezegd, gevallen van ontstentenis en belet van bestuurders; voor commissarissen bestaat niet een soortgelijke regeling.⁷⁸ De (formeel afgeschafte) Departementale Richtlijnen bevatten de volgende uitwerking van deze regel: de statuten *moeten* een regeling bevatten in geval van ontstentenis of belet van *alle* bestuurders, en de statuten *mogen* dat doen in geval van ontstentenis of belet van een of meer (doch niet alle) bestuurders.⁷⁹ In het laatste geval is dat immers niet strikt noodzakelijk, aangezien de overblijvende bestuurders dan geacht worden het bestuur te vormen.

12.2. Het wetsvoorstel heeft de oude bepaling gehandhaafd, alleen is de formulering 'bestuurders' gewijzigd in 'een of meer bestuurders'. Verder is in het wetsvoorstel dezelfde bepaling voor commissarissen voorgesteld.⁸⁰

73. De bijzin 'die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen', die grammaticaal gezien betrekking heeft op het woord 'stemmen' – hetgeen niet de bedoeling is – wordt vervangen door 'welke twee derden meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen'.

74. Zie bijv. Handboek nr. 250.

75. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 93.

76. Term gebezigd in Martijn Knol, *Aphinar, een romantische tragedie*, Meulenhoff 2007.

77. Zie ook onze bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2005-5, p. 165.

78. De vraag of de regeling ook voor bestuurders in het *volledige* structuurregime geldt, laten wij hier rusten. Zie hierover Bosse, *Preadvies KNB*, 2002, p. 42.

79. Departementale Richtlijnen 1986, par. 7. In het commentaar daarbij wordt opgemerkt dat deze uitwerking overeenkomstig de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling is.

80. Zij het, kennelijk abusievelijk, in de oude formulering van artikel 244 lid 4, dus zonder de woorden 'een of meer'.

In de toelichting wordt terecht opgemerkt dat het de vennootschap vrijstaat om ook voor het geval van ontstentenis en belet van een of meer (doch niet alle) bestuurders, een regeling voor tijdelijke vervanging te treffen, ook al geldt in die situatie in beginsel dat de overige bestuurders (als bestuur handelend) de taken waarnemen.⁸¹ De statuten kunnen blijken de toelichting ook een orgaan (naar wij aannemen: in de zin van artikel 189a) aanwijzen dat daartoe iemand kan aanwijzen. Het valt te overwegen deze aanvulling in de wetstekst op te nemen.

12.3. In de toelichting wordt ten aanzien van het begrip *ontstentenis* aangegeven dat het gaat om situaties waarin een vacature ontstaat: de bestuurder houdt op bestuurder te zijn door ontslag, het neerleggen van functie of door overlijden. Over de inhoud van het begrip *belet* bestaat meer onduidelijkheid. De toelichting geeft zelf aan dat het gaat om situaties waarbij de bestuurder zijn functie tijdelijk niet mag uitoefenen ten gevolge van een schorsing, of tijdelijk niet kan uitoefenen, bijvoorbeeld door een langdurige ziekte of (langdurig) verblijf in het buitenland. In de toelichting wordt de suggestie gewekt dat deze situaties in ieder geval onder het wettelijk begrip van belet vallen. Op advies van de commissie vennootschapsrecht wordt in het wetsvoorstel de mogelijkheid gegeven bij⁸² de statuten te bepalen wanneer sprake is van belet. Dat is een voor de rechtspraktijk nuttige aanvulling. De statutaire regeling dient voldoende duidelijk en kenbaar te zijn, opdat kan worden vastgesteld in welke situatie een bestuurder die belet is, tijdelijk dient te worden vervangen.

Een analogische toepassing van de regeling inzake ontstentenis en belet op NV's ligt voor de hand.

12.4. De minister heeft in de toelichting duidelijk aangegeven dat een regeling van een *permanente* plaatsvervangend bestuurder (of commissaris), dat wil zeggen buiten de gevallen van ontstentenis en belet, niet wenselijk is. Daar kunnen wij ons in vinden.

13. Slot

Het wetsvoorstel bevat een aantal verbeteringen ten opzichte van het voorontwerp. Ons oordeel valt niettemin niet positief uit. Men zou toch verwachten dat de minister na drie jaar van consultatierondes, pre-adviezen en

adviezen van de commissie vennootschapsrecht, de gecombineerde commissie en de Raad van State, erin zou slagen een volledig doorgedacht en uitgewerkt wetsvoorstel naar de kamer te sturen.⁸³ In het wetsvoorstel zou aanvankelijk ook een nieuwe regeling inzake tegenstrijdig belang worden opgenomen. Wij hopen dat met die regeling (in het nog naar de kamer te zenden wetsvoorstel bestuur en toezicht) eindelijk vaart wordt gemaakt, temeer nu ook het laatste arrest hierover van de Hoge Raad aantoon dat dit college er niet meer uitkomt.⁸⁴

In het wetsvoorstel staan op het stuk van de besluitvorming naar onze smaak nog te veel systeemfouten, redactionele fouten, inconsistenties en andere ondoordachtheden. Het wetsvoorstel heeft kennelijk nog steeds niet de aandacht gekregen die de grootste wetgevingsoperatie sinds de invoering van Boek 2 verdient. De vaste commissie voor justitie wacht hier een zware taak.

Het wetsvoorstel bevat een aantal verbeteringen ten opzichte van het voorontwerp. Ons oordeel valt niettemin niet positief uit.

81. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 94. Tot misverstand kan aanleiding geven de uitslating van de minister dat 'de statutaire regeling niet noodzakelijkerwijze betrekking behoeft te hebben op belet of ontstentenis van alle bestuurders'. Kennelijk is bedoeld te zeggen dat de regeling niet *uitsluitend* daarop betrekking hoeft te hebben.

82. In het voorontwerp stond 'bij of krachtens' maar op grond van de rechtszekerheid is 'of krachtens' geschrapt.

83. Bezwaren tegen het wetsvoorstel komen ook naar voren in de verschillende bijdragen aan het themanummer over het BV-recht in *Ondernemingsrecht* 2007-9.

84. HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169, met noten Luijten en Bartmann.